

**University of Groningen**

## **Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen**

Pavillon, C.M.D.S.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Pavillon, C. M. D. S. (2018). Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen: Beschouwingen naar aanleiding van Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2018(2), 83-92.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen

Beschouwingen naar aanleiding van Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875<sup>1</sup>

## 1. Ten geleide

Rechtspraak en andere ontwikkelingen inzake de vermeende 'woekerpolissen' halen de laatste jaren regelmatig de landelijke pers.<sup>2</sup> *Het Financieele Dagblad* verbaasde zich vorig jaar over de 'inconsistenties' in de rechtspraak.<sup>3</sup> In sommige zaken trekt de consument aan het kortste eind en in andere zaken is juist de verzekeraar de verliezende partij. Dit laatste deed zich voor in onderhavige uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch inzake aan een levensverzekering van ASR verbonden kosten.<sup>4</sup> Opmerkelijk aan deze uitspraak is de keuze van het hof om de Richtlijn oneerlijke bedingen en bijbehorende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) centraal te stellen. In de meeste procedures draait het immers om de vraag of er precontractuele informatieverplichtingen zijn geschonden door de verzekeraar.<sup>5</sup> Het hof koos in deze, door een individuele verzekeringnemer aangespannen, procedure<sup>6</sup> evenwel voor een ambtshalve toetsing van door ASR gehanteerde bedingen aan de onredelijk-bezwarend-norm uit art. 6:233 sub a BW.<sup>7</sup>

De bedingen in de AV '97 inzake de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten 'verschil verkoop/biedkoers' worden onredelijk bezwarend bevonden en vernietigd. ASR is veroordeeld om de kosten en inhoudingen op grond van deze bedingen terug te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de inhouding en te verminderen met de prestaties ingevolge de compensatieregeling. Het hof zet deze beschermende lijn voort in een arrest van 31 oktober 2017,<sup>8</sup> waarin via de band van de onrechtmatige daad eenzelfde resultaat wordt bereikt en ASR wordt veroordeeld tot vergoeding van het negatieve contractsbelang. Vanwege het tijdstip waarop de overeenkomst gesloten is, was de richtlijn in deze zaak echter niet van toepassing. Deze uitspraak blijft in deze noot korthedshalve buiten beschouwing.

In deze bijdrage bespreek ik de feiten (par. 2), de keuze van het hof om de kostenbedingen afzonderlijk van elkaar ambtshalve te toetsen (par. 3) en de toepassing van de onredelijk-bezwarend-toets (par. 4). Tot slot sta ik stil bij de verhouding tussen de inhoudstoets en transparantie-eis uit de richtlijn enerzijds en de sectorspecifieke informatieverplichtingen anderzijds (par. 5). Overige interessante aspecten van de uitspraak (de overwegingen over verval en verjaring en de vernietigingssanctie en gevolgen hiervan) laat ik vooralsnog even rusten.

## 2. De feiten

De feiten zijn als volgt. Onder bijstand van een financieel adviesbureau heeft eiser bij het oversluiten van zijn hypotheek in 1997 een zogenaamde gemengde levensverzekering afgesloten, waarbij enerzijds het overlijdensrisico werd gedekt en anderzijds een deel van de premie werd belegd in twee door hem aangewezen beleggingsfondsen. Doel was om de opbrengst van de beleggingen te reserveren voor de aflossing van de hypotheek. De resultaten van de beleggingen vielen echter tegen en in 2011 werd duidelijk dat de opbrengst niet toereikend zou zijn om de hypotheecaire lening af te lossen.

Verzekeringnemer vordert bij de kantonrechter primair de vernietiging van de verzekeringsovereenkomst op grond van dwaling en subsidiair schadevergoeding wegens wanprestatie/onrechtmatige daad. In eerste instantie worden de vorderingen afgewezen. Verzekeraar heeft geen kosten in rekening gebracht die niet zijn overeengekomen. Hij is niet tekortgeschoten in zijn informatiever-

\* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht, Rijksuniversiteit Groningen en redactievoorzitter van dit tijdschrift

1. ECLI:NL:RBSHE:2012:BX3136 (eerste instantie); ECLI:NL:GHSHE:2015:3895 (tussenuitspraak). Over de uitspraak heb ik overlegd met de advocaat van ASR, mr. S.Y.Th. Meijer.
2. Te denken valt aan de (deels) collectieve zaken tegen Aegon, Reaal en Nationale-Nederlanden, die voor eerstgenoemden niet en voor laatstgenoemde juist wel gunstig uitpakt (resp. ECLI:NL:RBDHA:2017:7072, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528 en ECLI:NL:RBROT:2017:5654) en de Kifid-(tussen)uitspraken in het nadeel van Nationale-Nederlanden ([www.kifid.nl/nieuws/nationale-nederlanden-schiet-te-kort-in-informatieplicht/157](http://www.kifid.nl/nieuws/nationale-nederlanden-schiet-te-kort-in-informatieplicht/157)), ABN AMRO en ASR ([www.kifid.nl/nieuws/commissie-van-beroep-abn-amro-en-asr-schieten-te-kort-in-informatieplicht-geleden-schade-is-beperkt/172](http://www.kifid.nl/nieuws/commissie-van-beroep-abn-amro-en-asr-schieten-te-kort-in-informatieplicht-geleden-schade-is-beperkt/172) en [www.kifid.nl/nieuws/kifid-asr-moet-afkoopwaarde-beleggingsverzekering-opnieuw-berekenen/176](http://www.kifid.nl/nieuws/kifid-asr-moet-afkoopwaarde-beleggingsverzekering-opnieuw-berekenen/176)). Ook was er aandacht voor de door Allianz aangeboden compensatieregeling.
3. [fd.nl/ondernemen/1208495/rechters-leggen-rol-verzekeraar-in-woekerdossier-allemal-anders-uit](http://fd.nl/ondernemen/1208495/rechters-leggen-rol-verzekeraar-in-woekerdossier-allemal-anders-uit). De vraag is in welke mate er sprake is van inconsistenties, aangezien de aangeboden producten en gang van zaken rond de sluiting van de overeenkomst verschillen. Ook de door de rechter of het Kifid gekozen aanvliegroute varieert.
4. [fd.nl/ondernemen/1200375/hof-geeft-klager-gelijk-in-woekerzaak-asr](http://fd.nl/ondernemen/1200375/hof-geeft-klager-gelijk-in-woekerzaak-asr).
5. Hierbij gaat het om de informatieverplichtingen volgens de Derde levensrichtlijn en daarop gestoelde nationale regelgeving (Riav 1994) en eventuele aanvullende informatieverplichtingen op grond van het nationale recht (art. 6:248 lid 1 BW).
6. In eerste aanleg trad ConsumentenClaim B.V. op als gemachtigde. Deze individuele zaak heeft wel een duidelijke 'collectieve dimensie' in de zin dat er vele andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen bestaan, waarin dezelfde vragen zich voordoen.
7. Zie ook r.o. 5 m.b.t. het tussenarrest van 6 oktober 2015.
8. ECLI:NL:GHSHE:2017:4682, [www.bnr.nl/nieuws/juridisch/10332114/woekerpoliszaak-asr-gaat-grote-gevolgen-hebben-voor-andere-verzekeraars](http://www.bnr.nl/nieuws/juridisch/10332114/woekerpoliszaak-asr-gaat-grote-gevolgen-hebben-voor-andere-verzekeraars).

plichting en op hem rustte geen 'effectentypische zorgplicht'.<sup>9</sup> Verzekeringnemer gaat in hoger beroep en vordert primair ontbinding en subsidiair schadevergoeding. In het tussenarrest van oktober 2015 (r.o. 3.7.1 e.v.) heeft het hof op grond van de stellingen van de verzekeringnemer en de hem voorliggende feiten aanleiding gezien om de algemene voorwaarden van ASR ambtshalve te toetsen.<sup>10</sup>

### 3. De beslissing om de bedongen kosten ambtshalve te toetsen

#### 3.1. De instaptoets

Het Hof 's-Hertogenbosch acht zich in die tussenuitspraak gehouden om de voorwaarden betreffende de litigieuze kosten aan de oneerlijkeheidsnorm te onderwerpen. Het hof overweegt dat sprake is van een consument en dat over de algemene voorwaarden niet is onderhandeld (r.o. 3.7.1). Ook maken de voorwaarden deel uit van de rechtsstrijd. De consument vordert onder meer de volgens hem door de te hoge kosten misgelopen rendementen. Een aantal kosten waarvan de kenbaarheid en begripelijkheid in het geding zijn, kunnen slechts uit die voorwaarden worden afgeleid. Partijen hebben de gelegenheid gekregen en gebruikt om zich uit te laten over de potentiële oneerlijkheid van de voor de zaak relevante algemene voorwaarden in het licht van Europese rechtspraak inzake de richtlijn.

Opmerkelijk aan de beslissing om de bedingen ambtshalve te beoordelen is dat zij niet volgt, zoals doorgaans het geval, op een aanvallend of afwerend beroep hierop door de gebruiker (i.e. ter onderbouwing van een vordering of als verweer). I.c. vormt de informatie over de inhoud van de bedingen de feitelijke grondslag van de vorderingen van de consument.<sup>11</sup> Het partijdebat richt zich dus op die informatie. Het hof maakt een slag door na te gaan of datgene waarover al dan niet correct is geïnformeerd en waarvoor al dan niet moest worden gewaarschuwd, *inhoudelijk* door de beugel kan. De ambtshalve toetsing ziet op de beheerskosten, de premie overlijdensrisico, de poliskosten, de kosten 'verschil verkoop/biedkoers' en aanvullende administratiekosten (r.o. 7.3).

#### 3.2. Wel of geen kernbedingen?

ASR stelt dat het bij deze kostenbedingen gaat om van de toetsing uitgesloten bedingen in de zin van art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen omdat deze bedingen de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs en anderzijds de

tegenprestatie aangaan. ASR gaat er echter (kennelijk) van uit dat de bedingen geen kernbedingen zijn als bedoeld in art. 6:231 sub a BW (althans, zo maak ik op uit het arrest, r.o. 7.4). Zo bezien leest ASR in de richtlijn een ruimere definitie van het begrip 'kernbeding' dan de definitie naar Nederlands recht, zoals uitgelegd door de Hoge Raad.<sup>12</sup> Ook Hendrikse heeft een dergelijke opvatting laten doorklinken in zijn annotatie bij het arrest *Van Hove* (waar het hof in de tussenuitspraak uitgebreid naar verwijst).<sup>13</sup>

Het hof beschouwt de kostenbedingen als van de maandpremie losstaande algemene voorwaarden en hanteert hiermee een strikte uitleg van het begrip 'kernbeding'. Het benadrukt dat bedingen die van invloed zijn op de hoogte van de premie (i.e. 'impact hebben op de prestatie') niet zonder meer als kernbeding zijn te kwalificeren. Weliswaar bepalen de litigieuze kosten- en berekeningswijzebedingen belangrijke modaliteiten van de prestaties maar zij betreffen niet de gelijkwaardigheid van de prijs (de hoogte van de maandpremie in strikte zin) en de tegenprestatie (uitkering door ASR op grond van de overeengekomen dekking) die in de richtlijndefinitie centraal staat (r.o. 7.5). Daarmee bedoelt het hof te zeggen dat het zich niet waagt aan de door de richtlijn verboden beoordeling van de evenredigheid tussen de strikt opgevatte kernprestaties (*iustum pretium*).

Zou de Nederlandse definitie meer bescherming bieden aan de consument, dan is dit gezien de door de richtlijn beoogde minimumharmonisatie, ook toegestaan. Met het hof zie ik wat betreft het begrip 'kernbeding' echter geen verschil tussen de richtlijn en het nationale recht dat de richtlijn omzet. Waar kernbedingen naar Nederlands recht van oudsher worden gelijkgesteld met de 'essentialia' zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt,<sup>14</sup> staat in de richtlijn voorop dat kernbedingen het 'eigenlijke voorwerp van de overeenkomst' betreffen.<sup>15</sup> In deze zaak is goed verdedigbaar dat de kostenbedingen, inclusief de wijze waarop zij worden berekend, niet tot het 'eigenlijke voorwerp van de overeenkomst' behoren.<sup>16</sup> Een, zoals door ASR bepleit, ruimere uitleg van het begrip 'kernbeding' wordt overigens ruimschoots gecompenseerd door de voor de gebruiker strenge transparantievereisten die uit art. 5 richtlijn voortvloeien (zie par. 4.4) en kernbedingen in toenemende mate binnen het toepassingsbereik van de oneerlijkeheidsnorm brengen.

9. ECLI:NL:RBSHE:2012:BX3136.

10. ECLI:NL:GHSHE:2015:3895.

11. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.4.1.

12. HR 19 september 1997, NJ 1998/6 (*Assoud/SNS*).

13. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, *NTHR* 2015, afl. 4, m.nt. M.L. Hendrikse (*Van Hove*). Volgens hem zouden verval-van-recht-bedingen die op de grijze lijst prijken onder de Europese definitie kunnen worden geschaard. Zie bij dit arrest ook de noot van M.R. van Dam, *TvC* 2016, afl. 2.

14. *MvT II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1521.

15. Onlangs merkte het HvJ een beding dat bepaalt dat kredieten in dezelfde vreemde valuta moeten worden terugbetaald als die waarin zij zijn verleend, expliciet aan als kernbeding. Volgens het HvJ ging het hier om de vaststelling van 'een wezenlijke prestatie (...) die kenmerkend is voor die overeenkomst': HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, r.o. 41 (*Andrić*). De valuta vormt de waardestandaard zonder welke de prijs en dus de overeenkomst onvoldoende zouden zijn bepaald. Deze zaak onderscheidt zich in dit opzicht van de *Kásler*-zaak, waarin sprake was van 'op vreemde valuta geïndexeerde kredietovereenkomsten'. Of in die zaak sprake was van een kernbeding, werd aan de nationale rechter overgelaten: HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*).

16. Zo oordeelde het HvJ ook over een beding inhoudende de wijziging van de rentevoet en een beding inzake een 'risicoprovisie': HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (*Matei*).

### 3.3. Het 'opknippen' van de premie

De keuze om ambtshalve te toetsen is voorgelegd in het tussenarrest, waarmee recht is gedaan aan de eis van hoor en wederhoor.<sup>17</sup> Toch kwam de keuze van het hof om de premie in ruime zin te 'ontleden' en genoemde kosten als afzonderlijke bedingen te bezien als een verrassing voor de verzekeraar. In zijn noot bij het arrest is Kalkman heel stellig: de door het hof onderscheiden kosten kunnen niet worden gezien als afzonderlijke voorwaarden. Zij maken een 'geïntegreerd onderdeel uit van de bruto premie'.<sup>18</sup> Door in te stemmen met de premie heeft de verzekeringnemer ingestemd met alle daarvan deel uitmakende kosten. Ondanks dat de kosten worden gespecificeerd en toegelicht in de polisvoorwaarden, kunnen zij volgens hem niet als separate bedingen worden beschouwd. De bepalingen inzake deze kosten in de polisvoorwaarden hebben een zuiver 'informatief karakter'. Die informatie hoefde ASR op grond van de destijds geldende regels, zo benadrukt hij, niet eens te geven: tot 2008 werd uitgegaan van indirecte transparantie omdat te gedetailleerde informatie over kosten en risicopremie niet nodig zou zijn voor het maken van een geïnformeerd besluit over de verzekering en zelfs voor verwarring kunnen zorgen.<sup>19</sup> Volgens de toepasselijke Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers (Riav 1994) was algemene informatie over de prijs en de potentiële opbrengst voldoende.

Tegen het betoog van Kalkman kan het volgende worden ingebracht. Allereerst moet worden opgemerkt dat instemming met een beding niet aan de toepasselijkheid van de oneerlijkheidstoets in de weg staat. De vernietigingssanctie van art. 6:233 sub a BW is er juist om de snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden te 'corrigeren'. In het verlengde hiervan geldt dat, ook al zou de premie als één kernbeding worden beschouwd, zij niet zonder meer aan de toetsing aan art. 6:233 sub a BW ontkomt als zij de strenge transparantie-toets van art. 5 richtlijn niet doorstaat.<sup>20</sup> Ten tweede rijst de vraag of de uit de in de AV '97 gespecificeerde kosten opgebouwde prijs wel als één kernbeding moet worden aangemerkt. De wijze van presentatie van de kosten is inderdaad niet beslissend voor het antwoord op die vraag en de ten tijde van de contractsluiting in het levensverzekeringsrecht geldende transparantie-eis evenmin.<sup>21</sup> Bepalend is of de kosten

waaruit de prijs is opgebouwd de kern van de prestatie betreffen.

Tijden veranderen en prijstransparantie staat thans voorop,<sup>22</sup> ook in de verzekeringsbranche.<sup>23</sup> Die transparantie kan ertoe leiden dat delen van de 'prijs' als algemene voorwaarden worden aangemerkt en op hun inhoud worden getoetst. Dit hangt samen met genoemde, door het hof gehanteerde, strikte opvatting van het begrip 'kernbeding'. Zo wordt het begrip 'vermijdbare' of 'aanvullende betaling' bijzonder ruim opgevat (vgl. art. 6:230j BW).<sup>24</sup> In het verleden zijn kosten voor het gebruik van een betaalwijze onredelijk bezwarend bevonden.<sup>25</sup> En recent is de renteopslag bij de Euribor-hypothek van ABN AMRO vernietigd.<sup>26</sup> Meer in het algemeen kwalificeren prijswijzigingsbedingen (zoals indexeringsbedingen) zonder meer als algemene voorwaarden (zie ook art. 6:236 sub i BW). Ook administratie-, verwerkings- en beheerskosten vallen al snel onder die noemer.<sup>27</sup> Het geven van inzicht in de prijsopbouw lijkt zich tegen ASR te keren omdat sommige kosten afzonderlijk op hun inhoud worden getoetst. Niet ondenkbaar is evenwel dat, bij het weglaten van de gedetailleerde informatie over de kosten in AV '97, de prijs en opbrengst als zijnde niet-transparante kernbedingen in de zin van art. 5 richtlijn toch aan de oneerlijkheidsnorm waren onderworpen.<sup>28</sup> Over de ingewikkelde verhouding tussen de transparantie-eisen uit resp. de Riav als omzetting van de Derde levensrichtlijn en art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen ga ik in par. 5 nader in.

### 3.4. Het cumuleren van 'bedingen' naar Europees recht

In recente Europese rechtspraak kan wel een argument worden gevonden tegen het opknippen van 'bedingen' alvorens tot de inhoudstoets over te gaan. Het HvJ heeft in het *Radlinger*-arrest aangegeven het cumulatieve effect van boetebedingen voorop te stellen.<sup>29</sup> Het is aannemelijk dat het 'cumulatievevereiste' geldt voor andere typen bedingen die (financiële) verplichtingen opleggen aan de consument, m.i. echter alleen voor zover die bedingen allemaal *rechtsgevolgen van eenzelfde rechtsfeit betreffen*<sup>30</sup> en op zichzelf niet al oneerlijk zijn. Deze afbakening volgt niet expliciet uit het arrest maar wordt volgens mij inge-

17. HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, r.o. 32 (*Banif Plus Bank*).

18. PJ 2017/129, m.nt. W.M.A. Kalkman, punt 5.1.

19. Zie hierover ook ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, r.o. 4.8 e.v.

20. Vgl. ECLI:NL:RBGEL:2018:557, r.o. 2.4 e.v.

21. Vgl. NJ 2000/273, m.nt. J. Hijma, punt 7 en 8.

22. Denk aan de *Gratis Mobieltjes*-arresten of recente ontwikkelingen in de reisbranche: [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12403/Transparantie-reisprijzen-verbeterd-maar-nog-niet-voldoende](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12403/Transparantie-reisprijzen-verbeterd-maar-nog-niet-voldoende).

23. Vgl. de invoering van de De Ruiter-modellen in 2008: ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, r.o. 4.15 e.v. Kanttekening verdient dat in het kader van de consultatie over de implementatie van de Richtlijn verzekeringsdistributie (IDD) de provisietransparantie onderwerp van discussie vormt. De wens van de AFM voor meer (actieve) transparantie ([www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/nov/idd-reactie-consultatie](http://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/nov/idd-reactie-consultatie)) wordt in twijfel getrokken: provisietransparantie zou verwarrend zijn in combinatie met de prijstransparantie.

24. W.H. van Boom, "Opt-in" tegenover "opt-out" in art. 6:230j BW, *TvC* 2017, afl. 3, p. 102-104.

25. ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ4855. Thans zijn dergelijke kosten niet meer toegestaan als zij de kosten van het gebruik daarvan voor de handelaar overstijgen: art. 6:230k lid 1 BW.

26. ECLI:NL:GHAMS:2017:5248. Vgl. HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13 (*Matei*).

27. Hierbij denk ik aan het door de NOS aangekaarte art. 7.4 van de nieuwe VVV-cadeaukaart: [nos.nl/artikel/2212627-ook-al-eens-aan-de-kassa-geweigerd-met-vvv-cadeaukaart.html](http://nos.nl/artikel/2212627-ook-al-eens-aan-de-kassa-geweigerd-met-vvv-cadeaukaart.html).

28. Vgl. ECLI:NL:RBGEL:2018:557, r.o. 2.4 e.v. en Kifid 6 november 2017, 2017-037, randnr. 4.28.

29. HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283, r.o. 95, *JOR* 2016/238, m.nt. T.M.C. Arons (*Radlinger*) waarnaar de Hoge Raad uitgebreid verwijst in ECLI:NL:HR:2017:2275. Zie voorts: ECLI:NL:PHR:2017:483, punt 2.15.

30. R. Steennot, 'De bescherming van de consument door het Hof van Justitie: een brug te ver?', *TPR* 2017, afl. 1, nr. 54 heeft het over de gevolgen van 'eenzelfde juridische vraag' zoals de vraag 'welke vergoeding een consument verschuldigd is bij een laattijdige betaling'.

geven door de hanteerbaarheid van de oneerlijkheidstoets.<sup>31</sup> Het oprekken van dit cumulatieve vereiste komt anders neer op een onmogelijke wegstreepexercitie, die in potentie ook nadelig is voor de consument. Daar de afzonderlijke kosten in de AV '97 aan uiteenlopende prestaties worden verbonden, hoeft bij de oneerlijkheidstoets niet te worden uitgegaan van de hoogte van alle kosten – dat is, inclusief premie.<sup>32</sup> Het beoordelen van een dergelijke optelsom komt ook in strijd met de *iustum pretium*-leer. Het is wel mogelijk om het cumulatieve effect van uiteenlopende kosten als gezichtspunt mee te laten wegen bij de toetsing van de desbetreffende bedingen.<sup>33</sup> In r.o. 7.14 verwijst het hof naar de 'cumulatieve impact' van de poliskosten, aanvullende administratiekosten en kosten 'verschil verkoop/biedkoers' in het kader van de transparantie-toets (par. 4.4).

#### 4. De inhoudstoets

##### 4.1. Inleiding

De aan de inhoudstoetsing onderworpen bedingen maken volgens het hof deel uit van de verzekeringsovereenkomst (art. 3:33 jo. art. 3:35 jo. art. 6:217 BW). Voorts is aan de informatieplicht van art. 6:234 BW voldaan omdat de polisvoorwaarden zijn toegezonden aan verzekeringnemer. Dat de exacte kosten niet in de voorwaarden worden vermeld en later worden berekend, doet er volgens het hof niet toe. Dit punt raakt aan de in de meeste beleggingspoliszaken centraal gestelde vraag of verzekeringnemer over die later vastgestelde kosten voldoende is geïnformeerd. Het hof bewandelt evenwel een ander pad, dat van de 'oneerlijkheidstoets', i.e. de richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW.<sup>34</sup> Een oneerlijk beding is een beding dat 'in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort' (art. 3 lid 1 richtlijn). De aanzienlijke verstoring kan op verschillende (vaak overlappende) manieren worden vastgesteld: via de vergelijking met wat rechtens is zonder het beding, de weging van de wederzijdse rechten en verplichtingen en de redelijke-verwachtingen-toets.<sup>35</sup> Peilmoment van de toets is het moment van contractsluiting (art. 4 lid 1 richtlijn).

##### 4.2. Uitleg

Het hof begint met het uitleggen van de te toetsen bedingen. Voordat een beding op zijn inhoud kan worden beoordeeld moet vaststaan wat die inhoud is. Hierbij kiest het hof voor een objectieve uitlegging, aan de hand van de maatman uit de Europese rechtspraak inzake handelspraktijken en de transparantie-eis (hierna par. 4.4): de 'normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument'. Er is vaak gepleit voor een meer objectieve uitleg van algemene voorwaarden<sup>36</sup> en het hof zet hier de toon wat betreft consumentenvoorwaarden.<sup>37</sup> Het hof legt de kostenbedingen en daarin vervatte berekeningsformules naar ik meen ten onrechte uit als vaststellingsovereenkomsten: de rekenformules staan immers contractueel vast.<sup>38</sup> Echter, voor de toetsing aan de onredelijk-bezwarend-norm is de (onjuiste) kwalificatie van de bedingen als vaststellingsovereenkomsten van weinig belang. Van betekenis zijn de aan die kwalificatie ten grondslag liggende omstandigheden.

Het hof stelt voorop dat een beding dat de berekening van de kosten aan de gebruiker overlaat, niet per definitie onredelijk bezwarend is. Wel rekent het ASR aan dat de latere berekening van bepaalde kosten slechts binnen een smalle bandbreedte plaatsvindt (r.o. 7.8, onder E) en G)) en dat deze kosten als het ware reeds hebben 'vastgestaan' ten tijde van de contractsluiting (zonder dat de verzekeringnemer hiervan wist, r.o. 7.8, onder D) en E)). Volgens annotator Lieveise is bij deze bedingen eigenlijk sprake van eenzijdige wijzigingsbedingen.<sup>39</sup> Wat van een dergelijke kwalificatie van de bedingen ook zij,<sup>40</sup> zij had naar mijn mening niet uitgemaakt voor de manier waarop de inhoudstoets heeft uitgepakt.<sup>41</sup>

##### 4.3. Relevante omstandigheden bij de inhoudstoets

De toetsing van de kostenbedingen aan art. 6:233 sub a BW vormt een omstandighedentoets. In r.o. 7.8 heeft het hof de toetsing van alle bedingen van een gemeenschappelijke lijst relevante omstandigheden voorzien. Bij de omstandigheden genoemd onder A), B) en C) draait het om de niet-nagekomen fiduciaire verplichting van ASR en het geschonden vertrouwen van de verzekeringnemer dat in zijn belang wordt gehandeld. D) betreft de omstandigheid dat ASR van meet af aan de intentie had om,

31. Hoe moet anders het geheel aan op te tellen bedingen worden afgebakend? In gelijke zin concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2017:483, voetnoot 11, bij ECLI:NL:HR:2017:2275.

32. Anders dan bij de aan dezelfde tekortkoming verbonden forfaitaire boete en verplichting tot afdracht van onderhoudspenningen: ECLI:NL:HR:2017:2275.

33. Zelfs de hoogte van de premie kan bij die toetsing worden meegewogen: ov. 19 considerans bij de richtlijn.

34. Geen van de 'verdachte' kostenbedingen prijkte immers op de grijze of zwarte lijst (r.o. 7.5).

35. R.H.C. Jongeneel & C.M.D.S. Pavillon, 'Algemene vernietigingsgronden; de open norm', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 156-163.

36. Bijv. T.H.M. van Wechem, 'Uitleg van algemene voorwaarden', *Contracteren* 2011, afl. 5.

37. M.H. Wissink, 'Onroerend goed en algemene voorwaarden', *WPNR* 2018, afl. 7179, p. 74 wees erop dat de uitleg van algemene voorwaarden losstaat van de transparantie-toets maar dat de maatman uit laatstgenoemde toets de uitleg zou kunnen gaan kleuren. Hiervan lijkt hier sprake te zijn geweest.

38. In gelijke zin *JOR* 2017/198, m.nt. C.W.M. Lieveise, punt 11 (uitzondering vormen de poliskosten volgens haar) en *PJ* 2017/129, m.nt. W.M.A. Kalkman, punt 5.2.

39. *JOR* 2017/198, m.nt. C.W.M. Lieveise, punt 11.

40. Ik betwijfel of een berekeningsbeding een wijzigingsbevoegdheid betreft: de wijze van berekenen staat immers vast.

41. Lieveise wijst op onderdeel (j) van de Europese lijst en bijbehorende uitzonderingen. *JOR* 2017/198, punt 11-12. Bij een dergelijk op de Europese lijst prijkkend beding dienen ook de bijbehorende gezichtspunten en uitzonderingen in aanmerking te worden genomen. Het voorbehoud dat een prijsverhoging van financiële diensten in verband met financiële marktkoersen waarop de verkoper geen invloed heeft, buiten het bereik van onderdeel (j) valt, is hier immers niet aan de orde daar het niet om een verhoging van de premie gaat maar om allerhande aanvullende kosten. Van de andere uitzondering (voldoende transparantie over de wijzigingsmethode en een 'effectieve exit' voor de consument) is evenmin sprake.

zonder verzekeringnemer hierop attent te maken, bepaalde kosten te innen. E) ziet op het feit dat de (hoge) kosten kennelijk ten tijde van de contractsluiting al vaststonden, dit volgt volgens het hof uit de bedragen die jaarlijks zijn ingehouden. De omstandigheid genoemd onder F) raakt aan de kern van de ‘aanzienlijke verstoringstoets’ uit art. 3 lid 1 richtlijn: het ontbreken van een aanmerkelijke tegenprestatie voor de in rekening gebrachte kosten.<sup>42</sup> Dit zou niet gelden voor de beheerskosten en de premie overlijdensrisico maar wel voor de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en het ‘verschil verkoop/biedkoers’. Omstandigheid G) ziet op het buitensporige karakter van die kosten.

Staat sub F) op gespannen voet met het *iustum pretium*-beginsel? Het zij het hof toegegeven dat de toetsing van kostenberekeningsbedingen hier niet mee strijden (r.o. 7.5) maar i.c. worden ook de kosten zelf beoordeeld. Echter, het gaat om afzonderlijke kostenbedingen die op hun versturende inhoud worden getoetst, en niet om kernbedingen<sup>43</sup> noch om ‘het geheel aan wederzijdse prestaties’. Een manier om die versturende inhoud vast te stellen is door te kijken naar de wettelijke basis voor die kosten of, in het licht van de bewoordingen van art. 3 lid 1, door het zoeken naar een tegenprestatie die het contractuele evenwicht herstelt. Deze laatste aanpak vormt een uit de *causa*-leer geïnspireerde benadering van de oneerlijkheid van contractvoorwaarden die in Frankrijk veelvuldig wordt toegepast.<sup>44</sup> Daarbij hoort dat de gerechtvaardigde hoogte van de desbetreffende kosten wordt beoordeeld, zoals dat ook bij een boete- of annuleringsbeding geschiedt.

Bij de onder E) en G) genoemde omstandigheden betwijfelt Lieverse of het peilmoment van de toetsing – het moment van de contractsluiting – wel voldoende in acht is genomen. Volgens haar wordt te zeer naar het (voor de verzekeringnemer ongunstige) resultaat gekeken.<sup>45</sup> Nu is het zo dat alle getoetste kosten moeten kunnen worden teruggevoerd op de AV '97 en de daarin neergelegde berekeningswijze. Indien dit, gelet op een gebrek aan transparantie, niet lukt én de kosten buitensporig zijn, dan is van *hindsight bias* geen sprake (zie r.o. 7.14). De concrete (nadelige) uitwerking van een abstract geformuleerd beding heeft ‘terugwerkende kracht’. Beslissend is of de strekking van het beding helder en redelijk was op het moment van totstandkoming van de overeenkomst (vgl. r.o. 7.12). Ik kom hier in par. 5.4 op terug.

#### 4.4. Toetsing aan de transparantie-eis

Wat na deze algemene, aan de inhoud van de bedingen gewijde, beschouwingen volgt, is de toetsing van de vijf kostenbedingen afzonderlijk. Net als in recente rechtspraak van het HvJ, legt het hof *in het kader van* de oneerlijkheidstoets veel nadruk op de transparantie-eis uit art. 6:238 lid 2 BW (art. 5 richtlijn) en bijbehorende maatman.<sup>46</sup> Bepalend is:

‘dat het beding uit grammaticaal oogpunt begrijpelijk is voor de consument en dat bovendien in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft, alsook de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze wordt uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.’<sup>47</sup>

Hiertoe wordt acht geslagen op:

‘alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en informatie die door de verzekeraar bij de onderhandeling van de verzekeringsovereenkomst en, meer in het algemeen, binnen het contractuele kader zijn verstrekt (...)’.<sup>48</sup>

De poliskosten, administratiekosten en de kosten ‘verschil verkoop/biedkoers’ zijn volgens het hof niet transparant (r.o. 7.14):

‘ASR wist of behoorde te weten bij het aangaan van de overeenkomst dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument door het gebruik van deze bedingen in de algemene voorwaarden zou worden bewogen tot acceptatie van voor hem zeer nadelige voorwaarden (de hoge, ASR reeds bekende vaststaande kosten) terwijl hij de omvang van de kosten volgende uit die bedingen, gelet op de inhoud van de bedingen (een opdracht aan ASR om de hoogte van de kosten vast te stellen), de cumulatieve impact van de bedingen, de ingewikkelde formulering van de bedingen en de gespreide wijze waarop de bedingen in de AV '97 worden gepresenteerd, niet kon begrijpen (7.8 hiervoor onder G; Hof van Justitie 30 april 2014, C-26/13, Kásler, ECLI:EU:C:2014:282).’<sup>49</sup>

42. Dat ASR de aangegane verbintenissen niet voldoende zou hebben toegelicht, hangt samen met wat eerder is opgemerkt over het opknippen van de kosten: dit verraste ASR.

43. Zouden zij als kernbeding zijn aangemerkt dan waren zij gelet op een gebrek aan transparantie (hierna par. 4.4) alsnog aan die toets onderworpen. In dat kader rijst de vraag hoe niet-transparante kernbedingen op hun inhoud kunnen worden getoetst zonder het beginsel te laten varen (hierna par. 5.3).

44. C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 31-32 en 218.

45. JOR 2017/198, m.nt. C.W.M. Lieverse, punt 10.

46. Lieverse wijst er terecht op dat de naleving of schending van sectorspecifieke, publiekrechtelijke, transparantievereisten niet in de toetsing zijn betrokken (r.o. 7.15, 7.19 slot), JOR 2017/198, punt 14. Dit had het hof inderdaad kunnen meenemen in zijn oneerlijkheidstoets. Doorslaggevend is dit echter niet, hierna par. 5.

47. Van Hove, r.o. 50, T v C 2016, afl. 2, m.nt. M.R. van Dam.

48. Van Hove, r.o. 47, T v C 2016, afl. 2, m.nt. M.R. van Dam.

49. Wat met het ‘gebruik van deze bedingen’ wordt bedoeld, is kennelijk de manier waarop zij zijn geformuleerd en gepresenteerd, alsmede het gebrek aan informatie over de bedingen. Een dergelijk gebruik kan naar huidig recht ook als misleidende handelspraktijk in de zin van de Wet OHP worden aangemerkt. Voorwaarden waarover de consument is misleid zijn thans vernietigbaar op grond van art. 6:193j lid 3 BW. Deze regeling was, anders dan de Richtlijn oneerlijke bedingen, nog niet van kracht ten tijde van de sluiting van deze polis.

De werking van de overlijdensrisicopremie is de gemiddelde consument daarentegen wél duidelijk. Wat betreft de berekening van die premie overweegt het hof als volgt (r.o. 7.11):

‘[e]en normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument mocht ook dit beding redelijkerwijs bij het aangaan van de overeenkomst niet anders opvatten dan als een opdracht aan ASR om periodiek het opgebouwde vermogen (in de fondsen) in ogenschouw te nemen (hoe meer vermogen, hoe minder dekking aanvullend vereist was) en aan de hand daarvan en van de voornoemde tabel de premie te berekenen, vast te stellen en te incasseren. Dit beding is niet onduidelijk, misleidend of onredelijk bezwarend.’

Ten aanzien van het zogenaamde ‘hefboom- en inteereffect’ geldt hetzelfde (r.o. 7.12):

‘Voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument was bij het aangaan van de overeenkomst gelet op de AV ’97 voldoende duidelijk dat de waarde van de beleggingen zou kunnen dalen en dat de premie voor het overlijdensrisico in dat geval zou stijgen (...).’

Wanneer ik r.o. 7.10 in ogenschouw neem, ben ik evenwel niet meteen overtuigd van het begrijpelijke karakter van de wijze van berekening van de overlijdensrisicopremie. Als (boven?)gemiddelde consument acht ik het taalgebruik tamelijk ingewikkeld. Oordeelt u zelf:

“Naast de poliskosten zijn er kosten verschuldigd voor alle dekkingen. Deze kosten worden aan het begin van iedere maand verrekend door proportioneel royement van cumulerende units tegen biedkoers van het (de) betrokken fonds(en). Een eventueel tekort wordt verrekend door proportioneel royement van basis units van het (de) betrokken fonds(en).” “Voor overlijdensdekkingen worden – indien deze verhoogd met het equivalent van de verzekerde rente(n), groter zijn dan de waarde van de bij de polis behorende units op de basis van de biedkoers – over het verschil kosten in rekening gebracht volgens het tarief zoals vastgelegd in appendix 1.” (AV ’97 Sectie E 1 en onder b, bladzijde 9).’

De in deze appendix opgenomen tabel geeft weer de ‘kosten per maand per f 100.000 overlijdenskapitaal’, afhankelijk van leeftijd en geslacht van de verzekerde, lopend vanaf f 8 tot f 8.116. Mogelijk zorgt deze tabel voor een beter inzicht in de kosten maar de wijze van verrekening met het opgebouwde vermogen blijft naar mijn idee onderbelicht. Termen als ‘proportioneel roye-

ment van cumulerende units’ bieden de gemiddelde consument naar ik inschat weinig houvast.<sup>50</sup>

De wijze van berekening van de beheerskosten is volgens het hof eveneens transparant (r.o. 7.9). Deze kosten zijn inderdaad relatief eenvoudig weergegeven:

“Op de waarde van ieder fonds kunnen beheerskosten in mindering worden gebracht tot maximaal 1,5% per jaar.” (algemene voorwaarden AV ’97, Sectie C 6 a 1, bladzijde 4, productie 5 inleidende dagvaarding) en “Bij belegging in een Silver Star fonds kunnen jaarlijks beheerskosten in rekening worden gebracht tot maximaal 2% van de waarde van de bij de polis behorende units in dat fonds.” Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument mocht deze bedingen bij het aangaan van de overeenkomst redelijkerwijs niet anders opvatten dan als opdracht aan ASR (dan wel de fondsbeheerder) de beheerskosten periodiek te berekenen, vast te stellen en te incasseren (conclusie van antwoord, 6.46). Immers, de beheerskosten zijn afhankelijk van het nader in te vullen tarief (“maximaal” 1,5% dan wel 2%) en van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is.’

#### 4.5. De fictieve-instemmingstoets

Het hof hanteert verschillende gezichtspunten die verband houden met de totstandkomingsleer.<sup>51</sup> Zo wordt ook de uit de rechtspraak van het HvJ afkomstige fictieve-instemmingstoets toegepast. De oneerlijkheidstoets uit art. 3 lid 1 richtlijn bevat, behalve het ‘aanzienlijke verstoring’-criterium, ook een ‘strijd met de goede trouw’-criterium.<sup>52</sup> Het HvJ schonk in recente rechtspraak expliciet aandacht aan de ‘goede trouw’. Voorbeeld vormt het Aziz-arrest,<sup>53</sup> waarin het HvJ overweegt dat, om invulling te geven aan dit criterium de nationale rechter moet nagaan:

‘of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aangaan indien daarvoor afzonderlijk was onderhandeld.’<sup>54</sup>

Deze toets richt zich in wezen op de *inhoud* van het beding, daar geabstraheerd wordt van de voor de consument nadelige omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst: hij heeft in de fictieve situatie waarin de vraag naar zijn instemming wordt gesteld, alle informatie in handen en er is sprake van eerlijke onderhandelingen over het beding. Ten aanzien van de poliskosten en de kosten ‘verschil verkoop/biedkoers’ overweegt het hof (r.o. 7.14) in dit kader dat:

50. Vgl. Kifid 6 november 2017, 2017-037, randnr. 4.27 en 4.28 waarin de bepalingen inzake de wijze van vaststelling en voldoening van de premie voor het afdekken van het overlijdensrisico als niet-transparant zijn aangemerkt. In deze zaak m.b.t. een polis van SNS Reaal is ook vastgesteld dat *niet* aan de informatieverplichtingen uit de Riav is voldaan.

51. Gezichtspunten als de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de bedingen hangen nauw samen met de redelijke verwachtingen van de wederpartij en met het leerstuk van de verrassende bedingen: C.M.D.S. Pavillon, ‘De aanpak van verrassende bedingen onder het nieuw BW: de mazen van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden’, *WPNR* 2017, afl. 7133.

52. Het tweede criterium wordt vaak gelezen in het eerste criterium: de strijd met de goede trouw is inherent aan een aanzienlijke verstoring. Zo is in Frankrijk alleen het eerste criterium omgezet: Pavillon 2011, nr. 193.

53. Een ander voorbeeld is het in par. 5.4 besproken *Andriuc*-arrest.

54. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374 (*Aziz*).

‘ASR wist of behoorde te weten bij het aangaan van de overeenkomst, gezien de hoogte van de reeds vaststaande kosten (7.8 hiervoor onder G), dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, indien hij op de hoogte zou zijn van de omvang van de kosten, niet bereid zou zijn daarmee in te stemmen (...)’.

De omvang van de kosten vormt binnen deze toetsing de beslissende omstandigheid.

Het hof neemt bij deze toets de gemiddelde consument als maatman.<sup>55</sup> Dit volgt echter niet expliciet uit het Aziz-arrest. Niet ondenkbaar is dat de individuele consument zelf centraal staat bij de toetsing aan de goede trouw.<sup>56</sup> Bij een individuele omstandighedentoets als de oneerlijkheidstoets past in beginsel een concrete maatman. In dit geval heeft de toetsing echter een collectieve dimensie en lijkt een geobjectiveerde toetsing wel gerechtvaardigd.

Overigens vindt ook in beleggingspoliszaken waarin de schending van precontractuele informatieplichten wordt aangenomen, een ‘fictieve-instemmingstoets’ plaats. In het kader van de schadebegroting en bijbehorende causaliteitstoets wordt nagegaan wat de *concrete* verzekeringnemer met volledige kennis van zaken zou hebben beslist ten aanzien van de litigieuze overeenkomst en of hij hierdoor schade lijdt. In een recente Kifid-zaak bleek dat de consument weliswaar mogelijk een andere verzekering had afgesloten maar dat hij dan vergelijkbare kosten had moeten dragen en dus geen schade lijdt.<sup>57</sup> Voor de vernietiging van het beding (en vordering uit onverschuldigde betaling) is slechts van belang dat de consument het desbetreffende beding niet had aanvaard.

#### 4.6. Gangbaarheid van de bedingen

Dat de wijze van toetsing van het hof nauw bij het leerstuk van de totstandkoming van de overeenkomst aansluit, blijkt ook uit de nadruk die het legt op het ‘gangbare’, lees gebruikelijke, karakter van enkele bedingen, te weten de beheerskosten (r.o. 7.9) en het beding over de overlijdensrisicopremie (r.o. 7.11). Bij dit laatste gezichtspunt heb ik mijn bedenkingen, omdat de gebruikelijkheid van een beding in een financieel product de consument als eenmalige afnemer hiervan, weinig zegt. Er is geen wederkerigheid in die zin dat de wederpartij wordt geacht van het ‘vaste gebruik’ op de hoogte te zijn en dit te hebben aanvaard. Dat een beding vaak wordt gebruikt in consumentenovereenkomsten, zegt m.i. weinig over de redelijkheid ervan, daar een consument zelden tegengas geeft en collectieve acties schaars zijn. De gebruikelijkheid is een gezichtspunt dat voorbehouden zou moeten blijven aan de toetsing van bedingen in een b2b-context.

4.7. *Tussenconclusie: de toetsingsuitkomsten vergeleken*  
De poliskosten, administratiekosten en de kosten ‘verschil verkoop/biedkoers’ acht het hof onredelijk bezwarend gelet op hun inhoud (de hoogte van de kosten, hun cumulatieve effect, het gebrek aan een tegenprestatie) en presentatie (ingewikkeld, verstopt want verspreid over de overeenkomst). Deze kosten mag de verzekeringnemer als onverschuldigd terugvorderen.

Als gezegd, worden niet alle getoetste bedingen onredelijk bezwarend geacht. De beheerskosten die zien op het fondsbeheer (inclusief berekeningswijze) worden niet onduidelijk bevonden. Dat het hof dit beding acceptabel acht, volgt uit omstandigheid F) (wél een tegenprestatie) en wordt nader uitgewerkt in r.o. 7.9. Het beding inzake de overlijdensrisicopremie (inclusief het zogenaamde ‘hefboom- en inteereffect’) wordt evenmin onredelijk bezwarend geacht (r.o. 7.12). Ook hiervoor geldt volgens het hof dat het een begrijpelijk en gangbaar beding betreft.

Of de overeind gebleven bedingen ook echt beter scoren qua hoogte van de kosten, gangbaarheid (beheerskosten en overlijdensrisicopremie) en transparantie (overlijdensrisicopremie, hiervoor par. 4.4), betwijfel ik enigszins. Het lijkt er vooral op dat de consument daaromtrent te weinig heeft gesteld: ‘[appellante] heeft niet voldoende concreet gemotiveerd dat deze premie exorbitant is en buiten de gangbare bandbreedte voor soortgelijke producten valt’ (r.o. 7.11). Eerder gaf ik aan dat de gangbaarheid van de kosten m.i. weinig gewicht in de schaal legt. Als ik de toetsing van de overeind gebleven bedingen met die van de gesneuvelde bedingen vergelijk, dan lijkt het verschil in toetsingsuitkomst enkel te rechtvaardigen door het ontbreken van een tegenprestatie voor de in de gesneuvelde bedingen bedoelde kosten (r.o. 7.14 slot, en 7.18).

### 5. *Last but not least: de verhouding van de Europese oneerlijkheidstoets tot de sectorspecifieke informatieplichten*

#### 5.1. *De nasleep van het arrest Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*<sup>58</sup>

De kostenonderdelen worden afzonderlijk getoetst op hun oneerlijkheid (art. 3 richtlijn) en in dit kader aan de strenge transparantie-toets van art. 5 richtlijn onderworpen. Opvallend is dat het hof op grond van deze *Europeesrechtelijke* open normen aan de informatievoorziening ten aanzien van de verschillende onderdelen van de premie, i.e. de algehele kostenstructuur, striktere transparantie-eisen stelt dan de destijds in Nederland geldende sectorspecifieke wetgeving.<sup>59</sup>

Het debat over de vraag hoe uit de Derde levensrichtlijn<sup>60</sup> afkomstige (publiekrechtelijke) sectorspecifieke informatieplichten bij levensverzekeringen privaatrechtelijke

55. C.M.D.S. Pavillon, ‘Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg’, *TvC* 2014, afl. 4, nr. 10, p. 167.

56. C.G. Breedveld-de Voogd, *Gedachtenlezen in het burgerlijk recht* (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2014, p. 7-9.

57. Vgl. Kifid 6 november 2017, 2017-036.

58. HvJ EU 29 april 2015, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*).

59. De rol van deze wetgeving laat het Hof onbesproken: r.o. 7.19 (slot).

60. Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde levensrichtlijn) (*PbEG* 1992, L 360/1). Deze richtlijn is inmiddels ingetrokken.



normen inkleuren, wordt al langer gevoerd.<sup>61</sup> De verhitte discussie die plaatsvindt sinds het arrest *Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*<sup>62</sup> – mogen nationale privaatrechtelijke normen de lat hoger leggen dan sectorspecifieke regels? – krijgt met dit arrest een nieuwe, Europese dimensie: mogen *Europese* privaatrechtelijke open normen aanvullende eisen stellen? Hierna zal ik aantonen waarom de toepassing van de (open) oneerlijkheidsnorm van Europese origine terecht niet wordt ‘dichtgetimmerd’ door genoemde sectorspecifieke informatieplichten.<sup>63</sup>

Met de Rechtbank Rotterdam<sup>64</sup> is Kalkman evenwel van mening dat het voldoen aan sectorspecifieke informatieverplichtingen eenvoudigweg betekent dat van een oneerlijk beding geen sprake kan zijn. Dat is niet juist. Bij de oneerlijkheidstoets gaat het om de *inhoud* van het beding. De zeer summiere overweging van de Rotterdamse rechtbank dat ‘van een ernstige verstoring van het evenwicht tussen de verzekeraar en de consument (...) geen sprake [is] waar, zoals hier, geoordeeld moet worden dat de verzekeraar de consument naar de destijds geldende maatstaven in voldoende mate heeft geïnformeerd’ gaat dan ook voorbij aan de overwegend inhoudelijke aard van de oneerlijkheidstoets.<sup>65</sup>

Dat de consument conform de toen geldende nationale wetgeving is geïnformeerd over een beding, houdt niet noodzakelijkerwijs in dat het beding transparant is in de zin van art. 5 richtlijn, i.e. dat hij op grond van die informatie ook inzicht heeft gekregen in het mechanisme aan de hand waarvan de kosten worden bepaald (1). Het betekent voorts evenmin dat dit beding naar zijn inhoud eerlijk en evenwichtig is (2). Ik licht de in r.o. 7.19 kort genoemde verhouding tussen Derde levensrichtlijn en Richtlijn oneerlijke bedingen nader toe.

## 5.2. De transparantie-eis uit de Richtlijn oneerlijke bedingen als aanvullende verplichting

De wijze waarop aan de transparantie-eis ex art. 6:238 lid 2 BW (art. 5 richtlijn) bedoeld onder (1) wordt getoetst, volgt uit recente Europese rechtspraak.<sup>66</sup> Deze transparantietoets geldt evenzeer voor kernbedingen.<sup>67</sup> Genoemde rechtspraak heeft ‘terugwerkende kracht’ in de zin dat de uitleg van art. 5 als inzichtelijkheidseis al gold ten tijde van de inwerkingtreding van de richtlijn op 1 januari 1995.<sup>68</sup> De uitspraak van het hof sluit aan bij de rechtspraak van het HvJ inzake art. 5 waaruit blijkt dat deze economische gevolgen gedetailleerd, i.e. *per beding*, met

aandacht voor de wisselwerking tussen bedingen, dienen te worden weergegeven:

‘het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, [moet] aldus worden begrepen dat het ook gebiedt dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten (...).’<sup>69</sup>

Uit de omzettingswetgeving (Riav 1994) van de Derde levensrichtlijn (art. 31 in het bijzonder) volgt juist dat ‘indirecte transparantie’ over de premie en opbrengsten volstaat. Zoals de Rechtbank Noord-Holland recent opmerkte:

‘De gedachte was dat moest worden voorkomen dat de consument, door méér informatie dan over de prijs en de potentiële opbrengst, juist minder begrip zou krijgen voor de kenmerken en de werking van de producten.’<sup>70</sup>

Vraag is of art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen inderdaad de destijds geldende opvattingen in de sector ‘overruled’ voor zover deze de verzekeringnemer niet in staat stelden om inzicht te verkrijgen in de economische gevolgen die het werkingsmechanisme van een specifiek beding voor hem heeft. De vraag aan het HvJ stellen is haar denk ik beantwoorden: ik zie niet in waarom bij de toetsing van bedingen in levensverzekeringen niet de *Europese* ‘inzichtelijkheidseis’ zou moeten worden gehanteerd die is ontwikkeld in *nota bene* de op financiële en verzekeringsproducten toegespitste Europese jurisprudentie inzake art. 5 richtlijn.

Tegelijkertijd zou een dergelijke vraag het HvJ voor een uitdaging stellen: de eisen uit art. 31 Derde levensrichtlijn verenigen met die uit de vrijwel gelijktijdig in werking getreden Richtlijn oneerlijke bedingen. Denkbaar is dat het HvJ langs de lijn van art. 31 lid 3 Derde levensrichtlijn zou redeneren. De *nationale* regels ter omzetting van art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen (zoals uitgelegd door de nationale rechter) bepalen immers wat ‘nodig is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis’. Het HvJ zal er vermoedelijk in slagen om de (ervaren) spanning tussen

61. Vgl. de discussie tussen Kalkman enerzijds en Wallinga & Cherednychenko anderzijds in *NTBR* 2016/3, 2016/27 en 2016/28.

62. M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, ‘Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard?’, *NTBR* 2016/3, afl. 1; D. Busch & T.M.C. Arons, ‘Van woekerpolissen, rechtszekerheid en privaatrechtelijke gevolgen door een Luxemburgse bril’, *AA* 2015, afl. 9.

63. Vgl. M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, ‘Naschrift: harmonisatie van het nationale privaatrecht door de Derde levensrichtlijn’, *NTBR* 2016/28, afl. 6.

64. ECLI:NL:RBROT:2017:5654, r.o. 4.73.

65. De naleving van art. 5 richtlijn is evenmin beslissend indien sprake is van een oneerlijk beding in de zin van art. 3 lid 1 richtlijn (hierna par. 5.3). HvJ EU 3 april 2014, C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857, r.o. 34 (*Sebestyén*).

66. *Kásler*, r.o. 75; *Van Hove*, r.o. 50; *Andrić*, r.o. 45.

67. Dat bij kernbedingen een andere toets moet worden gehanteerd, blijkt niet uit de rechtspraak van het HvJ.

68. In HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213, m.nt. V.P.G. de Serière (*Gutiérrez Naranjo*) maakte het HvJ overigens duidelijk dat een beperking in de tijd van de nietigheid van een oneerlijk beding niet is toegestaan.

69. *Andrić*, r.o. 45.

70. ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, r.o. 4.8 e.v.

art. 31 Derde levensrichtlijn en art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen weg te nemen.<sup>71</sup> De teneur van 's Hofs uitspraak zal dan waarschijnlijk zijn dat art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen reeds in 1995 *aanvullende* eisen stelde.

De uitleg van de open transparantie-norm uit de Richtlijn oneerlijke bedingen is relatief recent (2014). Of de transparantie-eis uit art. 5 richtlijn en uitgebreide uitwerking hiervan aan de, door het HvJ in het *Nationale-Nederlanden*-arrest, aan de aanvullende nationale informatieplichten gestelde eisen van voldoende voorspelbaarheid en rechtszekerheid voldoet, is twijfelachtig. Ik acht de kans dat het HvJ van zijn eigen jurisprudentielijn zal aangeven dat de strikte transparantie-eis rechtsonzekerheid veroorzaakt, echter vrij klein.

Samengevat, het is zeer wel mogelijk dat, ondanks dat aan de toen in Nederland geldende (publiekrechtelijke) informatieverplichtingen is voldaan, de transparantie-lees inzichtelijkheidsdrempel uit art. 5 niet wordt gehaald, door de onbegrijpelijke formulering van een kostenbeding en/of een gebrek aan informatie over de werking ervan.<sup>72</sup>

### 5.3. De transparantie-eis in verhouding tot de oneerlijkheidstoets

De onder (2) bedoelde inhoudelijke verstoring – het ongerechtvaardigde karakter en de onevenredige hoogte van de kosten – wordt afgeleid uit de overige uit de overeenkomst voor beide partijen voortvloeiende kosten en baten. Die inhoudelijke verstoring bepaalt *in combinatie* met de onder (1) bedoelde transparantietoets (art. 5) het oneerlijke karakter van een kostenbeding ex art. 3 lid 1 richtlijn.

De verhouding tussen art. 3 lid 1 (oneerlijkheidstoets) en art. 5 (transparantietoets) roept de nodige vragen op.<sup>73</sup> De volgende stand van zaken is de meest aannemelijke maar meer sturing van het HvJ is welkom.

- Art. 5 wordt veelal aan het goede-trouw-criterium uit art. 3 gekoppeld. Beoordeeld moet worden of de consument het beding zou hebben aanvaard indien hij hier in alle openheid en eerlijkheid over zou hebben onderhandeld (par. 4.5). De goede trouw vereist dat met volledige kennis van zaken en inzicht in de werking van bedingen wordt onderhandeld. Koppeling aan het verstoringscriterium is ook mogelijk als de wederzijdse rechten en plichten in termen van hun kenbaarheid worden opgevat.

- Een gebrek aan transparantie (strijd met art. 5) volstaat op zich niet om een beding als oneerlijk in de zin van art. 3 te kwalificeren.<sup>74</sup> Van een rechtstreekse koppeling van art. 5 (art. 6:238 lid 2 BW) aan de sanctie ex art. 6 (de vernietiging ex art. 6:233 sub a BW) is evenmin sprake. Dit is slechts anders indien dit gebrek *tevens* een aanzienlijke verstoring van het contractsevenwicht in strijd met de goede trouw teweegbrengt, zoals in geval van misleiding over een wettelijk recht. Dan wordt de transparantietoets aan de verstoringstoets geschakeld ('een recht dat men niet kan kennen, heeft men ook niet'/'een contractuele plicht waarvan men geen kennis kan nemen, is om die reden onredelijk bezwarend').<sup>75</sup> Deze constructie biedt uitkomst bij de aanpak van 'verrassende bedingen' en bij de toetsing van niet-transparante kernbedingen aan het verstoringscriterium, welke toetsing op gespannen voet staat met het *iustum pretium*-beginsel. Zij botst evenwel met het inhoudelijk karakter van de oneerlijkheidstoets en lijkt slechts gerechtvaardigd in geval van een ernstige schending van de transparantie-eis.
- Als een beding naar zijn inhoud niet oneerlijk is omdat het de verstoringstoets doorstaat, dan kan het niet (alsnog) op grond van strijd met het transparantievereiste als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.<sup>76</sup>
- Voldoende transparantie kan andersom niet voorkomen dat een naar zijn inhoud aanzienlijk verstoring beding als oneerlijk wordt aangemerkt. Ten aanzien van algemene informatie over de voor- en nadelen van een arbitragebeding in de zin van sub (q) van de Europese lijst oordeelde het HvJ dat:

'[o]ok al zou vóór de sluiting van een overeenkomst door de consument ontvangen algemene informatie voldoen aan de in artikel 5 van die richtlijn neergelegde vereisten van duidelijkheid en transparantie, die omstandigheid alleen [niet] volstaat (...) om het oneerlijke karakter van een beding als dat in het hoofdgeding uit te sluiten.'<sup>77</sup>

Bij wijzigingsbedingen speelt de transparantie een belangrijke rol.<sup>78</sup> Voor de geldigheid van dergelijke bedingen zijn inhoudelijke aspecten als de geldigheid van de reden voor wijziging en de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen echter (minstens) even belangrijk. De transparantie is op zich niet

71. Al bestaat altijd het risico dat het gewezen arrest meer vragen opwerpt dan het beantwoordt.

72. *Andriciuc*, r.o. 45.

73. E. Terryn, 'Transparantie en algemene voorwaarden. Nood aan hervorming?', *TPR* 2017, afl. 1, p. 39 e.v.

74. Vgl. Kifid 6 november 2017, 2017-037, randnr. 4.28-4.29. In Kifid 14 juni 2017, 2017-364, *JOR* 2017/264, m.nt. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, waarin een renteopslagbeding centraal stond, oordeelde de geschillencommissie dat, omdat niet aan de transparantie-eis was voldaan, toetsing aan de verstoring- en goede-trouw-criteria niet nodig was (randnr. 5.19). Dit is mijns inziens onjuist: om de oneerlijkheid van een niet-transparant beding vast te stellen moet ook aan de criteria van art. 3 worden getoetst. In sommige lidstaten is een gebrek aan transparantie voldoende om een beding als oneerlijk aan te merken (hetgeen is toegestaan op grond van de minimumharmonisatie): uit het *Gutiérrez Naranjo*-arrest (r.o. 21) volgt dat het Spaanse recht de nietigheid van een bodemrentebeding aan een gebrek aan transparantie verbindt.

75. HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, r.o. 71 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*). In ECLI:NL:RBGEL:2017:6736, r.o. 4.23 laat de rechter na om een dergelijke koppeling te maken.

76. Ten onrechte: ECLI:NL:GHARL:2017:6579, r.o. 5.11-5.13.

77. *Sebestyén*, r.o. 34.

78. Dit volgt o.m. uit de arresten *Invitel* en *RWE*: HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, *TvC* 2012, afl. 6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*Invitel*); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, *TvC* 2014, afl. 1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*RWE*).

toereikend om het contractuele evenwicht te herstellen.

Het Hof 's-Hertogenbosch gaat niet expliciet in op de verhouding tussen transparantie- en oneerlijkheidstoets. Duidelijk is dat de transparantie-eis veel gewicht in de oneerlijkheidsschaal legt. Hij lijkt echter niet beslissend. Alle vernietigde bedingen zijn, behalve niet-transparant, ook 'verstorend'. Alle geldige bedingen zijn volgens het hof behalve transparant, ook 'niet verstorend'.

De transparantietoetsing van het overlijdensrisicopremiebeding in onderhavige zaak vind ik als gezegd moeilijk te rijmen met die van de andere (wél onredelijk) bevonden kostenbedingen (hiervoor par. 4.4). Zou het premiebeding niet-transparant zijn geacht, dan was dit echter niet voldoende geweest om het beding als onredelijk bezwarend aan te merken. Daartoe is ook een inhoudelijke verstoring nodig en daarvan lijkt bij dit beding geen sprake. Het Kifid merkte vergelijkbare bedingen recent aan als niet-transparant. Het gebrek aan transparantie ging volgens het Kifid echter niet gepaard met een verstoring van het contractevenwicht omdat het beding afhankelijk van de beurskoers ook gunstig kon uitpakken.<sup>79</sup>

#### 5.4. Peilmoment, hindsight bias en de rol van de transparantie-eis

De oneerlijkheidstoets behelst het moment van contractsluiting. Gewaakt moet worden voor een toetsing waarin de *hindsight bias* domineert, in de zin dat slechts de naar later blijkt *nadelige* uitwerking van een beding de oneerlijkheid ervan bepaalt.<sup>80</sup> In deze valkuil is het hof niet getrapt. De redenering van het hof doet recht aan het (later gewezen) *Andriciuc*-arrest.<sup>81</sup> Of de nadelige uitwerking van een beding op de oneerlijkheid van dit beding duidt, hangt, behalve van de inhoud hiervan (is het aanzienlijk versturend?), ook af van de deskundigheid en kennis van de professionele partij en van wat van haar had kunnen worden verwacht in termen van informatievoorziening over die ongunstige uitwerking (is sprake van strijd met de goede trouw, *inclusief* transparantie-eis?).<sup>82</sup> Haar deskundigheid en kennis<sup>83</sup> zijn doorgaans groter dan die van de consument-wederpartij.

Bij de toets of een wél geïnformeerde en eerlijk bejegende referentieconsument een bepaald beding had aanvaard (de fictieve-instemmingstoets, hiervoor par. 4.5), moet worden gekeken naar *alle* informatie die *destijds* ter beschikking van partijen stond.<sup>84</sup> Zo is behalve informatie

omtrent potentiële ongunstige ontwikkelingen (die werkelijkheid zijn geworden) ook informatie inzake mogelijke positieve ontwikkelingen van belang.<sup>85</sup> Bij de fictieve-instemmingstoets gaat het om het hele plaatje. Beslissend voor die toets zijn evenwel de hoegrootheid van het ten tijde van de contractsluiting te voorspellen risico op ongunstige ontwikkelingen en de omvang van het te verwachten nadeel, zou dit risico zich verwezenlijken. Hoe groter het risico op een sterk nadelige uitwerking van het beding, hoe sneller er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractevenwicht ten nadele van de consument en hoe transparanter de professionele partij over dit risico moet zijn.

Is de professionele partij niet transparant, dan is die verstoring in strijd met de goede trouw<sup>86</sup> en is er sprake van een oneerlijk beding. Is zij dat wél, dan kan er volgens mij nog steeds sprake zijn van een oneerlijk beding.<sup>87</sup> Het is immers niet aannemelijk dat een voldoende geïnformeerde consument zou instemmen met een aanzienlijk versturend beding. De opname van het beding in het contract wijst er in dat geval op dat er, ongeacht de nagekomen informatieverplichtingen, niet op eerlijke en billijke wijze is onderhandeld (de consument is bijvoorbeeld onder druk gezet).

#### 6. Concluderend

Juist in die gevallen waarin van een schending van sector-specifieke informatieplichten *geen* sprake is – of waarin de rechter zich niet aan deze toets wil wagen – biedt een op de inhoud en transparantie van het beding toegespitste aanpak uitkomst. Het hof geeft ook expliciet en terecht aan dat de naleving van informatieverplichtingen geenszins een praktijk rechtvaardigt 'waarbij onredelijk bezwarende bedingen worden gehanteerd' (r.o. 7.15). In deze zaak achtte het hof een drietal typen kostenbedingen onredelijk bezwarend. De toegepaste oneerlijkheidstoets is conform de Europese rechtspraak gebaseerd op de vaststelling van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht in strijd met de goede trouw (art. 3 lid 1 richtlijn) in samenhang met een transparantietoets (art. 5 richtlijn). Het HvJ spreekt te dien aanzien van de eisen van 'goede trouw, evenwicht en transparantie'.<sup>88</sup> Het eventueel naleven van sectorspecifieke informatieplichten is bij geen van deze drie toetsonderdelen doorslaggevend.

79. Kifid 6 november 2017, 2017-037, randnr. 4.28-4.29. Vgl. Kifid 20 december 2017, 2017-043, randnr. 5.23-5.25. In deze ASR-zaak gaat het Kifid niet in op de transparantie van het beding, dat 'niet disproportioneel' wordt geacht. Omdat evenmin aannemelijk is 'dat partijen tot een ander resultaat waren gekomen als de risicopremie afzonderlijk was gespecificeerd', acht het Kifid het beding niet onredelijk bezwarend.

80. Vgl. ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, r.o. 3.11.

81. HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciuc*).

82. *Andriciuc*, r.o. 56-58.

83. Uit het arrest volgt dat die kennis is geobjectiveerd: het gaat om 'alle omstandigheden waarvan de verkoper op dat moment kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van die overeenkomst', *Andriciuc*, r.o. 54.

84. *Andriciuc*, r.o. 54; ECLI:NL:RBAMS:2017:9106, r.o. 1.20. Vgl. het ontwikkelingsrisico bij productaansprakelijkheid.

85. Kifid 6 november 2017, 2017-037, randnr. 4.28.

86. *Andriciuc*, r.o. 56.

87. De vraag of het verschaffen van transparante *algemene* informatie een aanzienlijk versturend beding kan 'redden' heeft het HvJ ontkennend beantwoord (hiervoor par. 5.3).

88. *RWE*, r.o. 47.